

Pubblicato il 26/06/2019

N. 08321/2019 REG.PROV.COLL.

N. 06260/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6260 del 2019, proposto dalla Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Cataldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ripetta n. 22;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Maggiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura capitolina in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona del Ministro *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

l'Associazione Arci Solidarietà Onlus, la Cooperativa Sociale Eureka Onlus, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale n. rep. CN/491/2019 e n. prot. CN/62386/2019 del 29.4.2019 del Municipio IX di Roma Capitale, comunicata con nota prot. CN 63143 del 30.4.2019, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI tra l'Associazione Arci Solidarietà Onlus e la Coop. Soc. Eureka I Onlus della gara a procedura aperta per l'affidamento della realizzazione del progetto L.285/97 Cod. XII/6 denominato "I ragazzi del muretto" - C.I.G. 7565555D7A, nonché dell'autorizzazione all'esecuzione d'urgenza delle prestazioni, a seguito dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della sottoscrizione del contratto, che nelle more Roma Capitale dovesse aver rilasciato o rilasciare;

- della nota prot. CN 61328 del 24.4.2019 di Roma Capitale, comunicata a mezzo p.e.c. in pari data, con la quale la stazione appaltante ha disposto, per anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del Codice dei Contratti Pubblici, l'esclusione dell'Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro dalla gara a procedura aperta per l'affidamento della realizzazione del progetto L.285/97 Cod. XII/6 denominato "I ragazzi del muretto" - C.I.G. 7565555D7A;

- della nota prot. CN 9258 del 22.1.2019 di Roma Capitale di richiesta di giustificazioni a Gindro Teatro per offerta anormalmente bassa, della nota prot. CN 24250 del 19.2.2019 di Roma Capitale di richiesta di integrazione ai giustificativi per offerta anormalmente bassa, della nota prot. CN 24574 del 19.2.2019 di Roma Capitale di richiesta di parere all'Ispettorato territoriale del lavoro di Roma del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, del parere dell'Ispettorato territoriale del lavoro acquisito da Roma Capitale con nota prot. CN 31945 del 4.3.2019, della nota prot. CN 42308 del 21.3.2019 di Roma Capitale di richiesta di parere

all'Avvocatura Capitolina, della nota RF/2019/37593 del 16.4.2019 dell'Avvocatura Capitolina con cui è stato fornito il parere, nonché, per quanto occorrer possa, del verbale della Commissione giudicatrice n. prot. CN 8607 del 21.1.2019 nella parte in cui la Commissione ha riscontrato il superamento della soglia di anomalia da parte di Gindro Teatro;

- della determinazione dirigenziale n. rep. CN/982/22018 n. prot. CN/94848/2018 del 13.7.2018 del Municipio IX di Roma Capitale di indizione della gara relativa al progetto L. 285/97 Cod. XII/6 denominato "I ragazzi del muretto" - C.I.G. 7565555D7A, del bando di gara e del disciplinare di gara e di tutti i suoi allegati, con particolare riferimento alla relazione tecnico illustrativa e al capitolato speciale descrittivo e prestazionale, laddove si dovesse ritenere che impongano agli operatori economici l'utilizzazione di contratti di lavoro subordinato per la figura degli educatori professionali;

nonché

- per il risarcimento in forma specifica mediante conseguimento da parte di Gindro Teatro dell'aggiudicazione definitiva, previa dichiarazione di inefficacia della Convenzione stipulata tra RTI Arci Solidarietà e Roma Capitale, ove nelle more stipulata, ovvero per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi da Gindro Teatro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso

- che, con determinazione dirigenziale prot. n. CN/94848/2018 del 13.7.2018, il Municipio IX di Roma Capitale ha indetto una procedura aperta di gara, avente ad oggetto l'affidamento di un servizio sociale per 24 mesi, consistente nella realizzazione del progetto "I ragazzi del muretto", per un importo totale di 126.934,08 euro (IVA inclusa al 22 %, se dovuta), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con attribuzione di 70 punti massimi per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica;
- che, alla scadenza del termine fissato dalla Stazione appaltante, hanno presentato domanda di partecipazione solo due operatori economici: il RTI Arci Solidarietà e la ricorrente Gindro Teatro;
- che, nell'ambito della verifica della documentazione attinente alle offerte tecniche, la Stazione appaltante, con nota prot. CN/162328/2018, ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara poiché la documentazione non risultava rilegata in un unico documento, così come richiesto dal disciplinare di gara;
- che, con successiva nota prot. CN/170252/2018, l'Amministrazione resistente, previo parere dell'Avvocatura di Roma Capitale, ha annullato in autotutela il predetto provvedimento di esclusione, riammettendo la ricorrente alla procedura;
- che, all'esito della fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la ricorrente Gindro Teatro è risultata prima in graduatoria con un punteggio totale di 89,25 e il controinteressato RTI Arci Solidarietà ha ottenuto un punteggio complessivo di 80,52;
- che, riscontrato il superamento della soglia di anomalia di entrambe le offerte, la Stazione appaltante ha richiesto giustificazioni agli operatori, con note prot. CN/9258/2019 e CN/9252/2019;
- che l'Amministrazione, da un lato, ha ritenuto esaustiva la nota di risposta fornita dal RTI Arci Solidarietà e, dall'altro, ha chiesto, con nota prot. CN/16658/2019,

ulteriori chiarimenti alla ricorrente Gindro Teatro riguardo alle modalità con cui sarebbe stato impiegato il personale con contratto di collaborazione coordinata e continuativa;

- che, contestualmente alla richiesta integrativa di giustificazioni trasmessa a Gindro Teatro, la Stazione appaltante ha inviato una richiesta di parere all'Ispettorato territoriale del lavoro di Roma (nota prot. CN/24574/2019) in merito alla possibilità dell'operatore di ricorrere a contratti di co.co.co. per le figure professionali richieste dalla Stazione appaltante e, specificamente, per i tre incarichi di educatore professionale;

- che l'Ispettorato, nel proprio parere acquisito con nota prot. CN/31945/2019, ha riportato testualmente il primo comma dell'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015, ove è stabilito che “a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, e parte del secondo comma, segnatamente le lett. a) e b), ai sensi delle quali si esclude l'applicabilità del predetto principio “alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore” e “alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali”;

- che, con successiva nota prot. CN/42308/2019, la Stazione appaltante ha chiesto all'Avvocatura di Roma Capitale un parere in merito alla possibilità per l'operatore di ricorrere a contratti di co.co.co. per le figure professionali richieste dalla Stazione appaltante e, specificamente, per i tre incarichi di educatore professionale;

- che l'Avvocatura Capitolina ha ritenuto sussistenti, nel caso di specie, "gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato";
- che, con la nota impugnata prot. CN/61328/2019 del 24.4.2019, la Stazione appaltante ha, quindi, disposto l'esclusione di Gindro Teatro dalla gara per l'anomalia dell'offerta economica presentata, in quanto "con riferimento all'inquadramento contrattuale proposto per gli educatori, sussistono ragionevolmente gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato che escludono l'adozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa.";
- che, con determinazione dirigenziale prot. CN/62386/2019, è stata, infine, disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del RTI Arci Solidarietà;
- che la ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. CN/62386/2019 unitamente agli atti riportati in epigrafe per violazione dell'art. 97 del d.lgs. n- 50/2016, della legge n. 43/2006, della l. 3/2018 e del d.lgs. 81/2015, in quanto agli educatori professionali non sarebbe applicabile la disciplina del rapporto di lavoro subordinato trattandosi di soggetti che hanno l'obbligo di iscrizione in un apposito albo e come tali, da ricomprendere nelle ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 81/2015;
- che l'Associazione ricorrente ha, altresì, dedotto l'illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 118 Cost., dei principi di non discriminazione e *par condicio*, nonché per difetto di istruttoria, in quanto la Stazione appaltante avrebbe omesso di accertare la congruità economica della sua offerta e avrebbe impedito la massima partecipazione alla gara, limitandola di fatto ai soli operatori economici con lavoratori dipendenti in organico;
- che Roma Capitale, costituitasi con memoria di stile, ha depositato, in data 17.6.2019, la relazione prot. CN/88519/2019, nella quale ha evidenziato che le tariffe orarie proposte dalla ricorrente per gli educatori sarebbero inferiori rispetto

agli importi tabellari relativi al contratto delle Cooperative Sociali, pubblicato sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e richiamato come parametro nella scheda di progetto;

- che la Relazione di Roma Capitale riprende, inoltre, per quanto concerne l'applicabilità dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 agli educatori professionali in regime di collaborazione coordinata e continuativa, il parere fornito dall'Avvocatura capitolina secondo cui "almeno per le figure degli educatori, sembrano sussistere gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del lavoro subordinato";

- che l'Associazione Arci Solidarietà Onlus e la Cooperativa Sociale Eureka I Onlus, benchè ritualmente citate, non si sono costituite in giudizio;

- che all'udienza camerale del 19.6.2019 la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti della possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto:

- che il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni;

- che Roma Capitale ha disposto l'esclusione della ricorrente solo in quanto "sussistono ragionevolmente gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato che escludono l'adozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa";

- che l'unico documento di gara nel quale l'amministrazione fa riferimento al CCNL delle Cooperative sociali è la scheda progetto/relazione tecnico illustrativa la cui lettera D "Calcolo della spesa per l'affidamento del progetto" recita testualmente "per la determinazione dei costi del personale, si sono presi a riferimento gli importi tabellari relativi al contratto delle Cooperative Sociali, pubblicati sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base della quota oraria settimanale da prevedere: 1 Psicologo /coordinatore, inquadramento E2, ore settimanali 12; 3 Educatori, inquadramento D2, ore settimanali 12; 1 Psicologo

/supervisore, inquadramento E2, ore settimanali 1” e che sulla base di tale parametro stati indicati gli importi base di gara per l’esercizio 2019 e per l’esercizio 2010;

- che la documentazione di gara non prevede, quindi, il divieto di ricorrere a forme di lavoro diverse da quello subordinato, non essendo possibile rinvenire né nella *lex specialis*, né negli ulteriori atti correlati alcun obbligo a carico del concorrente che imponga l’adozione di contratti di lavoro subordinato per il personale e, segnatamente, per gli educatori professionali da utilizzare nella realizzazione del progetto;

- che ai sensi dell’art. 1 del d.lgs. 81/2015 (c.d. Jobs Act) “Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro” e ai sensi del successivo art. 2 “a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, fatta eccezione per le “collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l’iscrizione in appositi albi professionali”;

- che l’art. 1 del decreto ministeriale n. 153018/2018, rubricato “Istituzione degli albi delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione presso gli Ordini dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione”, menziona alla lett. p) del comma 1 l’albo della professione sanitaria di educatore professionale;

- che lo stesso articolo di legge, al comma 4, stabilisce che “per l’esercizio di ciascuna delle professioni sanitarie in qualunque forma giuridica svolto, è necessaria l’iscrizione al rispettivo albo professionale. L’iscrizione all’albo professionale è

obbligatoria anche per i pubblici dipendenti, ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge 1° febbraio 2006, n. 43”;

- che, dunque, alla luce delle suesposte considerazioni alla figura dell'educatore professionale non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal Jobs Act;

- che, peraltro, lo stesso Ispettorato territoriale del lavoro di Roma, nel parere acquisito con nota prot. CN/31945/2019, si è limitato a riportare quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, menzionando espressamente i casi in cui non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro;

- che per le suesposte ragioni il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente e del conseguente provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata Associazione Arci Solidarietà Onlus, “poiché l'offerta presentata dall'Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro, risultata prima in graduatoria, è risultata anomala”;

- che l'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto la ricorrente sarebbe stata aggiudicataria del progetto “I ragazzi del muretto”, avendo riportato il miglior punteggio, se non fosse stata esclusa dalla procedura per le ragioni giudicate illegittime con la presente decisione;

- che, in considerazione della peculiarità della vicenda esaminata, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati specificamente indicati in motivazione e dispone il subentro della ricorrente nella aggiudicazione dell'appalto in questione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO

Publicato il 26/06/2019

N. 08321/2019 REG.PROV.COLL.

N. 06260/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6260 del 2019, proposto dalla Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Cataldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ripetta n. 22;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Maggiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura capitolina in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona del Ministro *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

l'Associazione Arci Solidarietà Onlus, la Cooperativa Sociale Eureka Onlus, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale n. rep. CN/491/2019 e n. prot. CN/62386/2019 del 29.4.2019 del Municipio IX di Roma Capitale, comunicata con nota prot. CN 63143 del 30.4.2019, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI tra l'Associazione Arci Solidarietà Onlus e la Coop. Soc. Eureka I Onlus della gara a procedura aperta per l'affidamento della realizzazione del progetto L.285/97 Cod. XII/6 denominato "I ragazzi del muretto" - C.I.G. 7565555D7A, nonché

dell'autorizzazione all'esecuzione d'urgenza delle prestazioni, a seguito dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della sottoscrizione del contratto, che nelle more Roma Capitale dovesse aver rilasciato o rilasciare;

- della nota prot. CN 61328 del 24.4.2019 di Roma Capitale, comunicata a mezzo p.e.c. in pari data, con la quale la stazione appaltante ha disposto, per anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del Codice dei Contratti Pubblici, l'esclusione dell'Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro dalla gara a procedura aperta per l'affidamento della realizzazione del progetto L.285/97 Cod. XII/6 denominato “I ragazzi del muretto” - C.I.G. 7565555D7A;

- della nota prot. CN 9258 del 22.1.2019 di Roma Capitale di richiesta di giustificazioni a Gindro Teatro per offerta anormalmente bassa, della nota prot. CN 24250 del 19.2.2019 di Roma Capitale di richiesta di integrazione ai giustificativi per offerta anormalmente bassa, della nota prot. CN 24574 del 19.2.2019 di Roma Capitale di richiesta di parere all'Ispettorato territoriale del lavoro di Roma del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, del parere dell'Ispettorato territoriale del lavoro acquisito da Roma Capitale con nota prot. CN 31945 del 4.3.2019, della nota prot. CN 42308 del 21.3.2019 di Roma Capitale di richiesta di parere all'Avvocatura Capitolina, della nota RF/2019/37593 del 16.4.2019 dell'Avvocatura Capitolina con cui è stato fornito il parere, nonché, per quanto occorrer possa, del verbale della Commissione giudicatrice n. prot. CN 8607 del 21.1.2019 nella parte in cui la Commissione ha riscontrato il superamento della soglia di anomalia da parte di Gindro Teatro;

- della determinazione dirigenziale n. rep. CN/982/22018 n. prot. CN/94848/2018 del 13.7.2018 del Municipio IX di Roma Capitale di indizione della gara relativa al progetto L. 285/97 Cod. XII/6 denominato “I ragazzi del muretto” - C.I.G. 7565555D7A, del bando di gara e del disciplinare di gara e di tutti i suoi allegati, con

particolare riferimento alla relazione tecnico illustrativa e al capitolato speciale descrittivo e prestazionale, laddove si dovesse ritenere che impongano agli operatori economici l'utilizzazione di contratti di lavoro subordinato per la figura degli educatori professionali;

nonché

- per il risarcimento in forma specifica mediante conseguimento da parte di Gindro Teatro dell'aggiudicazione definitiva, previa dichiarazione di inefficacia della Convenzione stipulata tra RTI Arci Solidarietà e Roma Capitale, ove nelle more stipulata, ovvero per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi da Gindro Teatro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 la dott.ssa Marina Perrelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso

- che, con determinazione dirigenziale prot. n. CN/94848/2018 del 13.7.2018, il Municipio IX di Roma Capitale ha indetto una procedura aperta di gara, avente ad oggetto l'affidamento di un servizio sociale per 24 mesi, consistente nella realizzazione del progetto "I ragazzi del muretto", per un importo totale di 126.934,08 euro (IVA inclusa al 22 %, se dovuta), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con attribuzione di 70 punti massimi per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica;

- che, alla scadenza del termine fissato dalla Stazione appaltante, hanno presentato domanda di partecipazione solo due operatori economici: il RTI Arci Solidarietà e la ricorrente Gindro Teatro;
- che, nell'ambito della verifica della documentazione attinente alle offerte tecniche, la Stazione appaltante, con nota prot. CN/162328/2018, ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara poiché la documentazione non risultava rilegata in un unico documento, così come richiesto dal disciplinare di gara;
- che, con successiva nota prot. CN/170252/2018, l'Amministrazione resistente, previo parere dell'Avvocatura di Roma Capitale, ha annullato in autotutela il predetto provvedimento di esclusione, riammettendo la ricorrente alla procedura;
- che, all'esito della fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la ricorrente Gindro Teatro è risultata prima in graduatoria con un punteggio totale di 89,25 e il controinteressato RTI Arci Solidarietà ha ottenuto un punteggio complessivo di 80,52;
- che, riscontrato il superamento della soglia di anomalia di entrambe le offerte, la Stazione appaltante ha richiesto giustificazioni agli operatori, con note prot. CN/9258/2019 e CN/9252/2019;
- che l'Amministrazione, da un lato, ha ritenuto esaustiva la nota di risposta fornita dal RTI Arci Solidarietà e, dall'altro, ha chiesto, con nota prot. CN/16658/2019, ulteriori chiarimenti alla ricorrente Gindro Teatro riguardo alle modalità con cui sarebbe stato impiegato il personale con contratto di collaborazione coordinata e continuativa;
- che, contestualmente alla richiesta integrativa di giustificazioni trasmessa a Gindro Teatro, la Stazione appaltante ha inviato una richiesta di parere all'Ispettorato territoriale del lavoro di Roma (nota prot. CN/24574/2019) in merito alla possibilità dell'operatore di ricorrere a contratti di co.co.co. per le figure professionali richieste

dalla Stazione appaltante e, specificamente, per i tre incarichi di educatore professionale;

- che l'Ispettorato, nel proprio parere acquisito con nota prot. CN/31945/2019, ha riportato testualmente il primo comma dell'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015, ove è stabilito che “a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, e parte del secondo comma, segnatamente le lett. a) e b), ai sensi delle quali si esclude l'applicabilità del predetto principio “alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore” e “alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali”;

- che, con successiva nota prot. CN/42308/2019, la Stazione appaltante ha chiesto all'Avvocatura di Roma Capitale un parere in merito alla possibilità per l'operatore di ricorrere a contratti di co.co.co. per le figure professionali richieste dalla Stazione appaltante e, specificamente, per i tre incarichi di educatore professionale;

- che l'Avvocatura Capitolina ha ritenuto sussistenti, nel caso di specie, “gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di lavoro subordinato”;

- che, con la nota impugnata prot. CN/61328/2019 del 24.4.2019, la Stazione appaltante ha, quindi, disposto l'esclusione di Gindro Teatro dalla gara per l'anomalia dell'offerta economica presentata, in quanto “con riferimento all'inquadramento contrattuale proposto per gli educatori, sussistono ragionevolmente gli indici previsti dalla normativa per l'applicazione del rapporto di

lavoro subordinato che escludono l'adozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa.”;

- che, con determinazione dirigenziale prot. CN/62386/2019, è stata, infine, disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del RTI Arci Solidarietà;

- che la ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. CN/62386/2019 unitamente agli atti riportati in epigrafe per violazione dell'art. 97 del d.lgs. n- 50/2016, della legge n. 43/2006, della l. 3/2018 e del d.lgs. 81/2015, in quanto agli educatori professionali non sarebbe applicabile la disciplina del rapporto di lavoro subordinato trattandosi di soggetti che hanno l'obbligo di iscrizione in un apposito albo e come tali, da ricomprendere nelle ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 81/2015;

- che l'Associazione ricorrente ha, altresì, dedotto l'illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 118 Cost., dei principi di non discriminazione e *par condicio*, nonché per difetto di istruttoria, in quanto la Stazione appaltante avrebbe omesso di accertare la congruità economica della sua offerta e avrebbe impedito la massima partecipazione alla gara, limitandola di fatto ai soli operatori economici con lavoratori dipendenti in organico;

- che Roma Capitale, costituitasi con memoria di stile, ha depositato, in data 17.6.2019, la relazione prot. CN/88519/2019, nella quale ha evidenziato che le tariffe orarie proposte dalla ricorrente per gli educatori sarebbero inferiori rispetto agli importi tabellari relativi al contratto delle Cooperative Sociali, pubblicato sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e richiamato come parametro nella scheda di progetto;

- che la Relazione di Roma Capitale riprende, inoltre, per quanto concerne l'applicabilità dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 agli educatori professionali in regime di collaborazione coordinata e continuativa, il parere fornito dall'Avvocatura capitolina

secondo cui “almeno per le figure degli educatori, sembrano sussistere gli indici previsti dalla normativa per l’applicazione del lavoro subordinato”;

- che l’Associazione Arci Solidarietà Onlus e la Cooperativa Sociale Eureka I Onlus, benchè ritualmente citate, non si sono costituite in giudizio;

- che all’udienza camerale del 19.6.2019 la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti della possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell’art. 60 c.p.a.;

Ritenuto:

- che il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni;

- che Roma Capitale ha disposto l’esclusione della ricorrente solo in quanto “sussistono ragionevolmente gli indici previsti dalla normativa per l’applicazione del rapporto di lavoro subordinato che escludono l’adozione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa”;

- che l’unico documento di gara nel quale l’amministrazione fa riferimento al CCNL delle Cooperative sociali è la scheda progetto/relazione tecnico illustrativa la cui lettera D “Calcolo della spesa per l’affidamento del progetto” recita testualmente “per la determinazione dei costi del personale, si sono presi a riferimento gli importi tabellari relativi al contratto delle Cooperative Sociali, pubblicati sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sulla base della quota oraria settimanale da prevedere: 1 Psicologo /coordinatore, inquadramento E2, ore settimanali 12; 3 Educatori, inquadramento D2, ore settimanali 12; 1 Psicologo /supervisore, inquadramento E2, ore settimanali 1” e che sulla base di tale parametro stati indicati gli importi base di gara per l’esercizio 2019 e per l’esercizio 2010;

- che la documentazione di gara non prevede, quindi, il divieto di ricorrere a forme di lavoro diverse da quello subordinato, non essendo possibile rinvenire né nella *lex specialis*, né negli ulteriori atti correlati alcun obbligo a carico del concorrente che

imponga l'adozione di contratti di lavoro subordinato per il personale e, segnatamente, per gli educatori professionali da utilizzare nella realizzazione del progetto;

- che ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 81/2015 (c.d. Jobs Act) “Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro” e ai sensi del successivo art. 2 “a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, fatta eccezione per le “collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali”;

- che l'art. 1 del decreto ministeriale n. 153018/2018, rubricato “Istituzione degli albi delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione presso gli Ordini dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche, della riabilitazione e della prevenzione”, menziona alla lett. p) del comma 1 l'albo della professione sanitaria di educatore professionale;

- che lo stesso articolo di legge, al comma 4, stabilisce che “per l'esercizio di ciascuna delle professioni sanitarie in qualunque forma giuridica svolto, è necessaria l'iscrizione al rispettivo albo professionale. L'iscrizione all'albo professionale è obbligatoria anche per i pubblici dipendenti, ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge 1° febbraio 2006, n. 43”;

- che, dunque, alla luce delle suesposte considerazioni alla figura dell'educatore professionale non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal Jobs Act;

- che, peraltro, lo stesso Ispettorato territoriale del lavoro di Roma, nel parere acquisito con nota prot. CN/31945/2019, si è limitato a riportare quanto previsto

dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, menzionando espressamente i casi in cui non si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro;

- che per le suesposte ragioni il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente e del conseguente provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata Associazione Arci Solidarietà Onlus, “poiché l’offerta presentata dall’Associazione Culturale Psicoanalisi Contro – Compagnia Teatrale Sandro Gindro, risultata prima in graduatoria, è risultata anomala”;

- che l’annullamento in via derivata dell’aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell’Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto la ricorrente sarebbe stata aggiudicataria del progetto “I ragazzi del muretto”, avendo riportato il miglior punteggio, se non fosse stata esclusa dalla procedura per le ragioni giudicate illegittime con la presente decisione;

- che, in considerazione della peculiarità della vicenda esaminata, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati specificamente indicati in motivazione e dispone il subentro della ricorrente nella aggiudicazione dell’appalto in questione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Marina Perrelli

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO